

Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG

Handkommentar

Bearbeitet von

Begründet von Prof. Karl Fitting, Ministerialdirektor a.D., Fortgeführt in der 4. bis 17. Auflage von Prof. Dr. Fritz Auffarth, Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts a.D., In der 10. bis 21. Auflage von Heinrich Kaiser, Ministerialdirigent im Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung a.D., Und in der 15. bis 21. Auflage von Dr. Friedrich Heither, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a.D., Neubearbeitete Auflage von Dr. Gerd Engels, Ministerialdirigent a.D., Ingrid Schmidt, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, Yvonne Trebinger, Ministerialrätin, und Prof. Wolfgang Linsenmaier, Vorsitzender Richter a.D. am Bundesarbeitsgericht

29. Auflage 2018. Buch. Rund 2280 S. In Leinen

ISBN 978 3 8006 5594 6

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Betriebsverfassung, Mitbestimmung, Personalvertretung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three small red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 beschränkt ist; sie können aber den BR nicht von der Verpflichtung zur Nennung konkreter Zustimmungsverweigerungsgründe völlig freistellen (23.8.2016 – 1 ABR 22/14, NZA 2017, 194).

Die Wirksamkeit von **Kündigungen** kann nach **§ 102 Abs. 6** durch freiwillige **BV** von der Zustimmung des BR abhängig gemacht werden (→ § 102 Rn. 124 ff.). Dabei unterfällt es auch der Regelungsmacht der Betriebsparteien, ob bei Meinungsverschiedenheiten die E-Stelle verbindlich entscheiden soll (BAG 21.6.2000 – 4 AZR 379/99, NZA 2001, 271; *Lerch/Weinbrenner* NZA 2011, 664 [668]). Ebenso können sie abweichend von § 77 Abs. 6 die Nachwirkung der freiwilligen BV vereinbaren (BAG 28.4.1998 – 1 ABR 43/97, NZA 1998, 1348).

Auch in **wirtschaftlichen Angelegenheiten** ist eine Erweiterung der Beteiligungsrechte des BR durch freiwillige BV grds. möglich (vgl. DKKW/*Däubler* Einl. Rn. 97). Da eine solche BV nicht erzwingbar ist, wird in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nicht gegen den Willen des ArbGeb. eingegriffen (vgl. *Richardi-Richardi* Einl. Rn. 140). Die Betriebsparteien können daher zB den Katalog des § 111 S. 3 erweitern (*Lerch/Weinbrenner* NZA 2011, 664 [667]).

Ebenso ist die **Schaffung und Erweiterung von MBR durch TV** grds. zulässig (vgl. insbes. BAG 18.8.1987 – 1 ABR 30/86, NZA 1987, 779; 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699; 31.1.1995 – 1 ABR 35/94, NZA 1995, 1059; 24.8.2004 – 1 ABR 28/03, NZA 2005, 371).

In einem **gesetzlich unregelmäßigten Bereich** können durch TV auch eigene **Vertretungsstrukturen** geschaffen und die **Vertr. mit Beteiligungsrechten ausgestattet** werden. Daher können durch TV in reinen Ausbildungsbetrieben Auszubildendenvertretungen errichtet und diesen vom BetrVG abweichende Zuständigkeiten und Beteiligungsrechte zuerkannt werden (BAG 24.8.2004 – 1 ABR 28/03, NZA 2005, 371).

Auch in dem **durch das BetrVG geregelten Bereich** ist eine Erweiterung der Mitbestimmung des BR durch TV möglich (vgl. eingehend BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699). **Nach § 1 Abs. 1 TVG kann der TV normativ** (vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 TVG) **betriebsverfassungsrechtliche Fragen regeln**. Es genügt insoweit die Tarifbindung des ArbGeb. (§ 3 Abs. 2 TVG). Der TV kann demnach dem BR auch über das BetrVG hinaus betriebsverfassungsrechtliche Rechtspositionen einräumen. § 1 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 TVG sind durch das BetrVG 1972 nicht eingeschränkt worden. Das geschah in Kenntnis der Tatsache, dass das BAG schon zum BetrVG 1952 die Erweiterung der Beteiligungsrechte durch TV für zulässig gehalten hatte (BAG 12.10.1955 – 1 ABR 13/54, AP BetrVG § 56 Nr. 1). Außerdem weist das BetrVG ausdrücklich darauf hin, dass die Aufgaben der Koalitionen unberührt bleiben (§ 2 Abs. 3). Das BetrVG ist ArbNSchutzrecht. Schutzrechte sind in der Regel einseitig zwingender Natur. Das gilt für alle Beteiligungsrechte. Ein Umkehrschluss aus einzelnen Bestimmungen des BetrVG, die ausdrücklich eine Abänderung von Bestimmungen durch TV gestatten, ist nicht möglich, da diese Bestimmungen (§§ 3, 38 Abs. 1, 47 Abs. 4, 55 Abs. 4, 117) nur Wahl und Organisation des BR betreffen (BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699).

Eine Erweiterung der gesetzlichen MBR des BR durch TV kommt insbes. in **sozialen Angelegenheiten** (§ 87) in Betracht (→ § 87 Rn. 8; BAG 18.8.1987 – 1 ABR 30/86, NZA 1987, 779; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 11 mwN; DKKW/*Däubler* Einl. Rn. 90; *Weyand* ArbUR 1989, 201; *Wiedemann/Oetker* TVG § 1 Rn. 251 mit Einschränkungen; *Beuthien* ZfA 1986, 131 [139]; *Lerch/Weinbrenner* NZA 2011, 664 [665]; *aA* HWGNRH/*Rose* Einl. Rn. 293; *Richardi* BetrVG/*Richardi* Einl. Rn. 147 ff.). Entsprechendes muss auch für die Fragen der **menschengerechten Gestaltung der Arbeit** gelten, die ihrem Gehalt nach soziale Fragen sind (§§ 90, 91); hier kann der TV insbes. die Fälle konkretisieren, in denen der BR das **MBR** nach § 91 ausüben kann, aber auch „angemessene Maßnahmen“ zur Abwendung, Milderung oder zum Ausgleich besonderer negativer Belastungen vorsehen (vgl. *Beuthien* ZfA 1986, 131 [144]). Die Nachwirkung derartiger TV nach § 4 Abs. 5

TVG kann allerdings – insbes. im Falle des Verbandsaustritts des ArbGeb. – zu erheblichen Schwierigkeiten führen.

- 259 In **personellen Angelegenheiten** (§§ 92 ff.) ist eine Erweiterung der MBR des BR durch TV jedenfalls dann zulässig, wenn nicht in Rechtspositionen der ArbN eingegriffen wird und im Streitfall die E-Stelle entscheidet (BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, NZA 1988, 699 mwN; *Lerch/Weinbrenner* NZA 2011, 664 [667]; NK-TVVG/*Hensche/Heuschmid* TVG § 1 Rn. 822 ff.; **aA** GK-BetrVG/*Raab* Vor § 92 Rn. 19 ff.; HWGNRH/*Rose* Einl. Rn. 294 ff.). Auch kann durch TV die Wirksamkeit einer **Kündigung** von der Zustimmung des BR abhängig gemacht werden (→ § 102 Rn. 132 mwN; BAG 17.6.2000 – 4 AZR 379/99, NZA 2001, 271; *Lerch/Weinbrenner* NZA 2011, 664 [668]).
- 260 In **wirtschaftlichen Angelegenheiten** wird die Zulässigkeit einer Erweiterung der Beteiligungsrechte des BR durch TV überwiegend verneint (HWGNRH/*Rose* Einl. Rn. 298 ff.; *Beuthien* ZfA 1986, 131 [141 ff.]; **aA** *Lerch/Weinbrenner* NZA 2011, 664, 667; diff. GK-BetrVG/*Oetker* Vor § 106 Rn. 12; vgl. auch DKKW/*Däubler* Rn. 90 ff.). Dies erscheint nicht zwingend. Der Umstand, dass durch derartige TV die unternehmerische Entscheidung tangiert ist, führt allein noch nicht zu ihrer Unzulässigkeit. TV sind Teil kollektiver Privatautonomie. Deren Betätigung rechtfertigt grds. auch freiwillige Einschränkungen der unternehmerischen Freiheiten (ebenso *Lerch/Weinbrenner* NZA 2011, 664 [669]). (Verfassungsrechtliche) Grenzen, welche die Gerichte ggf. wegen der Schutzpflichtfunktion der Grundrechte zu beachten haben, können dort liegen, wo die unternehmerische, durch Art. 12 GG geschützte Freiheit als solche beseitigt wird. Dies dürfte nicht ohne weiteres der Fall sein, wenn Betriebsänderungen der zwingenden Mitbestimmung unterworfen und der Weg zur E-Stelle eröffnet wird.
- 261 Die in §§ 81 ff. geregelten **Individualrechte der ArbN** können ebenfalls durch BV und TV erweitert werden (**aA** wohl HWGNRH/*Rose* Einl. Rn. 273).

VIII. Betriebsverfassungsrecht als Privatrecht

- 262 Das **BetrVerfRecht** gehört zum **Privatrecht**, nicht zum **öffentlichen Recht**. Es beruht auf dem Grundsatz der Gleichordnung (Richardi BetrVG/*Richardi* Einl. Rn. 130 ff.; GK-BetrVG/*Wiese* Einl. Rn. 87 ff.; DKKW/*Däubler* Einl. Rn. 69; *Söllner* § 19 III; MHdB ArbR/v. *Hoyningen-Huene* § 210 Rn. 16). Weder ist im Rahmen der BetrVerf. der ArbGeb. dem BR übergeordnet noch umgekehrt. Sie sind vielmehr gleichgestellte Verfassungsorgane des Betriebs. ArbGeb. und BR üben keine öffentlich-rechtlichen Funktionen aus.
- 263 **BV**, welche die Betriebsparteien schließen, **wirken allerdings** nach § 77 Abs. 4 S. 1 **normativ** und gelten für die ArbVerh. der im Betrieb beschäftigten ArbN unmittelbar und zwingend. Dadurch ist auch die Rechtsstellung der ArbN betroffen. Gleichwohl rechnet die hM das BetrVerfRecht systematisch zu Recht dem Privatrecht zu (BAG 12.11.2002 – 1 AZR 58/02, NZA 2003, 1287).

IX. Auslegung des Gesetzes

- 264 Die Auslegung des BetrVG folgt den **allgemeinen Regeln über die Auslegung von Gesetzen**. Sie hat sich zunächst am Wortlaut und dem durch ihn vermittelten Wortsinn zu orientieren. Darüber hinaus kommt es auf die Systematik und den Zweck des Gesetzes an. Die gesetzlichen Bestimmungen sind möglichst verfassungskonform auszulegen. Von ständig zunehmender Bedeutung ist auch das Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung. Die nationalen Gerichte sind insbes. verpflichtet, das innerstaatliche Recht nach Möglichkeit so auszulegen, dass keine Kollision mit europäischen Richtlinien eintritt, sondern deren Ziele erreicht werden

(stRspr des EuGH, vgl. insbes. 5.10.2004 – C-397/01, NZA 2004, 1145 – Pfeiffer mwN).

Da das BetrVG als ArbNSchutzrecht die Alleinentscheidungsbefugnis des ArbGeb. durch Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte der ArbN begrenzen will (→ Rn. 2), ist es **im Zweifel „mitbestimmungsfreundlich“** auszulegen. Dies rechtfertigt sich auch aus dem in § 2 Abs. 1 normierten Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit.

Das **BetrVG schützt die ArbN mit kollektivrechtlichen Mitteln**. Einzelne Vorschriften sind jedoch als Schutzgesetze zu Gunsten der einzelnen ArbN des Betriebs anzusehen, zB die §§ 20, 74 Abs. 2, 75 Abs. 1 u. 2, 78 (BAG 9.6.1982 – 4 AZR 766/79, AP BPersVG § 107 Nr. 1). Individuelle Rechte gewähren dem einzelnen ArbN zB die §§ 81–85, 102 Abs. 3, 113. Im Allgemeinen wirkt das BetrVG nur reflexartig auf das Einzelarbeitsverhältnis ein, zB durch Nichtigkeit einseitiger Maßnahmen des ArbGeb. im Bereich des § 87 wegen fehlender Zustimmung des BR (sog. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung).

X. Betriebsratsfähiger Betrieb

Hinsichtlich der im Betrieb beschäftigten ArbN stellt das G für die Bildung eines BR **zwei Voraussetzungen** auf:

- Im Betrieb müssen in der Regel mindestens fünf ständige wahlberechtigte ArbN (§ 7) beschäftigt werden.
- Von den fünf ständigen wahlberechtigten ArbN müssen mindestens drei wählbar (§ 8) sein.

Das hat zur Folge, dass ein BR nicht zu errichten ist, wenn in der Regel **weniger als fünf ständige wahlberechtigte ArbN** beschäftigt werden, oder wenn zwar fünf und mehr ArbN dieser Art beschäftigt werden, aber nur ein oder zwei ArbN wählbar sind.

Sinkt während der Wahlperiode **die Zahl** der ständigen wahlberechtigten ArbN nicht nur vorübergehend unter 5, so dass der Betrieb nunmehr „in der Regel“ weniger als die in § 1 geforderte Mindestzahl an ständigen wahlberechtigten ArbN beschäftigt, so endet damit mangels eines betriebsratspflichtigen Betriebs das Amt des BR (BAG 7.4.2004 – 7 ABR 41/03, NZA 2005, 311; GK-BetrVG/*Franzen* Rn. 106; HWGNRH/*Rose* Rn. 84; WPK/*Preis* Rn. 54). Verringert sich die Zahl der wählbaren ArbN auf unter 3, hat dies allein auf den Bestand des BR keinen Einfluss (HWGNRH/*Rose* Rn. 86; GK-BetrVG/*Franzen* Rn. 106). Das Amt des BR endet auch, wenn der ArbGeb. die Voraussetzung für den Wegfall des BR durch Entlassung von ArbN gezielt herbeiführt, etwa um einen ihm unbequemen BR auszuschalten (GK-BetrVG/*Franzen* Rn. 106).

Eine informative Zusammenstellung der **Bedeutung der Betriebsgröße für die Bildung betriebsverfassungsrechtlicher Organe** und deren Rechte und Pflichten findet sich bei *Pulte* BB 2005, 549ff. Wer ArbN iSv § 1 ist, bestimmt § 5. Das können auch Teilzeitbeschäftigte sein. Nicht mitzuzählen sind die leitenden Ang., da das G auf sie keine Anwendung findet (→ § 5 Rn. 347ff.).

Der sich in vielen Vorschriften (zB §§ 99 Abs. 1, 106 Abs. 1, 110 Abs. 1, 111 S. 1, 115 Abs. 1 u. 2, 116 Abs. 2; vgl. auch § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG) wiederholende Begriff „in der Regel“ geht von der **Beschäftigtenzahl des Betriebs oder Unternehmens im regelmäßigen** im Gegensatz zu einem nur vorübergehenden **Zustand** aus. Die regelmäßige ArbNZahl kann nicht durch einfaches Abzählen ermittelt werden. Maßgebend ist die Zahl der ArbN, die für den Betrieb oder das Unternehmen im Allgemeinen kennzeichnend ist (BAG 16.11.2004 – 1 AZR 642/03, NJOZ 2005, 4140). Dabei hat eine vorübergehende Erhöhung der Personalstärke infolge außergewöhnlichen Arbeitsanfalls ebenso außer Betracht zu bleiben wie eine vorübergehende Verringerung der Belegschaft wegen eines zeitweiligen Arbeitsrückgangs (BAG 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, NZA 2003, 1345).

- 272 Zur Feststellung der Zahl der in der Regel beschäftigten ArbN bedarf es eines **Rückblicks** auf die Vergangenheit, aber auch einer **Prognose** zur künftigen Entwicklung (BAG 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, NZA 2003, 1345 mwN; 16.11.2004 – 1 AZR 642/03, NJOZ 2005, 4140). Es ist also festzustellen, wie viel ArbN, abgesehen von Zeiten außergewöhnlicher Arbeitshäufung (Abschlussarbeiten, Weihnachtsgeschäft) oder eines vorübergehenden Arbeitsrückgangs (Reise- oder Urlaubszeit), im Allgemeinen im Betrieb beschäftigt werden. Es kommt auf den im größten Teil des Jahres bestehenden normalen Zustand an (BAG 16.11.2004 – 1 AZR 642/03, NJOZ 2005, 4140). Das braucht keineswegs die Durchschnittszahl der ArbN zu sein. Denn diese Zahl stellt das Mittel zwischen der höchsten und der niedrigsten ArbNZahl dar, während es sich bei der hier in Frage stehenden Zahl der „in der Regel“ Beschäftigten um die **Zahl der ArbN handelt, die in dem während des größten Teils des Jahres bestehenden „normalen“, also regelmäßigen Zustand üblicherweise beschäftigt werden.** Werden ArbN nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils eines Jahres beschäftigt werden (BAG 16.11.2004 – 1 AZR 642/03, NJOZ 2005, 4140 mwN). **Teilzeitbeschäftigte** sind voll mitzuzählen. **Beurlaubte, kranke** und ArbN, die ihren **Wehrdienst** oder **Zivildienst** leisten, zählen ebenfalls mit; die ArbN, die vorübergehend zur Vertr. dieser ArbN tätig sind, werden aber nicht berücksichtigt. ArbN in **Mutterschutz**: ja (BAG 19.7.1983 – 1 AZR 26/82, AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 23); ArbN in **Elternzeit**: ja, wenn die Zahl der ArbN vor und nach der Elternzeit unverändert ist (BAG 31.1.1991 – 2 AZR 356/90, NZA 1991, 562). Die zu ihrer **Berufsausbildung** Beschäftigten zählen zu den ArbN, auch Praktikanten, Umschüler, Volontäre. Für ArbN in **Altersteilzeit** gilt: Bei echter Altersteilzeit (Teilzeit während der gesamten Dauer der Altersteilzeit) zählen diese ArbN mit (*Rieble/Gutzeit* BB 1998, 643), bei Altersteilzeit im Blockmodell zählen sie in der zweiten Hälfte nicht mehr mit, sie sind endgültig aus dem Betrieb ausgeschieden (BAG 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, NZA 2003, 1345). Nicht zu berücksichtigen sind die Helfer im freiwilligen sozialen Jahr (BAG 12.2.1992 – 7 ABR 42/91, NZA 1993, 334). Im Entleiherbetrieb regelmäßig beschäftigte **Leiharbeitnehmer** sind gemäß **§ 14 Abs. 2 S. 4 AÜG** zu berücksichtigen (auch → Rn. 31). Die auf Grund der Förderung der „Jobrotation“ (§§ 229 ff. SGB III) Beschäftigten zählen nicht mit, soweit die Geltung der Vorschriften von der Zahl der ArbN im Betrieb oder Unternehmen abhängig ist. Dagegen zählen **Beschäftigte in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme** (§ 260 SGB III) mit (BAG 13.10.2004 – 7 ABR 6/04, NZA 2005, 480). Die sog **Ein-Euro-Jobber** sind keine ArbN iSd BetrVG (*Engels* NZA 2007, 8). Nach § 16 Abs. 3 S. 2 SGB II begründen die Arbeiten, welche diese erwerbsfähigen Hilfebedürftigen im öffentlichen Interesse verrichten, kein ArbVerh. im Sinne des Arbeitsrechts. Die Ein-Euro-Jobber erfüllen daher nicht die Voraussetzungen des § 5. Bei ihrer Eingliederung in den Betrieb hat aber der BR nach § 99 mitzubestimmen (BAG 2.10.2007 – 1 ABR 60/06, NZA 2008, 244; *Zwanziger* ArbUR 2005, 8 [14]; *Süllwold* ZfPR 2005, 82 ff.).
- 273 Es **kommt nicht darauf an, ob** der Betrieb diese Zahl von ArbN **gerade auch im Zeitpunkt der Einleitung der Wahl** oder der mitbestimmungsrelevanten Maßnahme beschäftigt. Beträgt daher die Zahl der in der Regel beschäftigten ständigen wahlberechtigten ArbN eines Betriebs 6, sind aber im Zeitpunkt der Einleitung der Wahl nur 4 ständige ArbN vorhanden, von denen 3 wählbar sind, ist ein BR gleichwohl zu errichten.
- 274 Bei **reinen Kampagnebetrieben**, die überhaupt nur während eines Teils des Jahres arbeiten, ist die regelmäßige Zahl der ArbN während dieser Zeit maßgebend (BAG 16.11.2004 – 1 AZR 642/03, NJOZ 2005, 4140; *Richardi* BetrVG/*Richardi* Rn. 121; *GK-BetrVG/Franzen* Rn. 104; *HWGNRH/Rose* Rn. 83). Hat jedoch ein während des ganzen Jahres laufender Betrieb für einige Monate einen Bedarf an zusätzlichen Arbeitskräften (Saisonbetrieb), so rechnen diese ArbN nicht zu den ständigen ArbN (BAG 16.11.2004 – 1 AZR 642/03, NJOZ 2005, 4140). Etwas anderes

gilt wiederum, wenn die Saison den größeren Teil des Jahres dauert, zB in Kurorten (BAG 12.10.1976 – 1 ABR 1/76, AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 1: mindestens sechs Monate im Jahr; Richardi BetrVG/Richardi Rn. 122).

Der Begriff der „in der Regel“ Beschäftigten ist ein **unbestimmter Rechtsbegriff**. Das Revisionsgericht kann daher nur prüfen, ob das Berufungsgericht den unbestimmten Rechtsbegriff richtig erkannt, bei der Subsumtion beibehalten, nicht gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze verstoßen und alle erheblichen Umstände berücksichtigt hat (BAG 16.11.2004 – 1 AZR 642/03, NJOZ 2005, 4140).

Voraussetzung für die Errichtung eines BR ist, dass in der Regel fünf ständige wahlberechtigte (hierzu § 7) ArbN beschäftigt werden. Der **Begriff „ständig“** bezieht sich auf die zu erfüllende Arbeitsaufgabe, mit der ein ArbN auf unbestimmte, zumindest längere Zeit beschäftigt wird (Richardi BetrVG/Richardi Rn. 112). Auch ein neu Eingestellter kann ständiger ArbN sein, wenn er für eine von vornherein nicht begrenzte Zeit in den Betrieb eingegliedert werden soll. Das gilt auch bei Vereinbarung einer Probezeit (Richardi BetrVG/Richardi Rn. 114) oder der vorübergehenden Besetzung des ständigen Arbeitsplatzes mit LeihArbN (→ § 5 Rn. 241 ff.) oder mit befristet eingestellten ArbN auf einem ständigen Arbeitsplatz.

Den Gegensatz zum ständigen ArbN bildet der von vornherein nur vorübergehend beschäftigte ArbN, der im Hinblick auf die ihm zugewiesenen Arbeitsaufgaben nur für eine begrenzte Zeit dem Betrieb angehören soll wie **Aushilfen, Saisonarbeiter** (Richardi BetrVG/Richardi Rn. 122).

Der Begriff „ständig“ stellt nicht auf die Arbeitszeit ab. Auch der nur **teilzeitbeschäftigte** (etwa nur halbtägig beschäftigte) ArbN ist ein „ständiger“ ArbN, wenn die Beschäftigung für unbestimmte Zeit vorgesehen ist (vgl. Richardi BetrVG/Richardi Rn. 115).

Im Entleiherbetrieb beschäftigte **LeihArbN** zählen nach dem zum 1.4.2017 in Kraft getretenen **§ 14 Abs. 2 S. 4 AÜG** bei den Schwellenwerten – zB der §§ 9, 38, 111 – mit (→ Rn. 31; zur bisherigen Rspr. BAG 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, NZA 2012, 221; 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789; 18.1.2017 – 7 ABR 60/15, NZA 2017, 865; vgl. auch *Linssenmaier/Kiel RdA* 2014, 135). Ausdrücklich angenommen ist nur § 112a. Die Prüfung, ob die LeihArbN im konkreten Einzelfall zu den „in der Regel“ beschäftigten ArbN gehören, erübrigt sich durch die gesetzliche Neuregelung nicht (vgl. BAG 2.8.2017 – 7 ABR 51/15 Rn. 34).

Von fünf ständigen ArbN müssen **mindestens drei wählbar** sein (vgl. § 1). Bei sehr vielen wahlberechtigten, aber nicht wählbaren Leiharbeitnehmern ist § 11 zu beachten.

Das Erfordernis von drei ständigen wählbaren ArbN bedeutet nicht, dass nur diese gewählt werden können. Sind nicht ständige, aber wählbare ArbN im Betrieb, so können auch sie gewählt werden (Richardi BetrVG/Richardi Rn. 119).

Der tatsächlichen Durchsetzung der Errichtung des BR dienen **zahlreiche Vorschriften**, die die **Bildung und das Tätigwerden eines Wahlvorst. gewährleisten** (§§ 16 ff.) und die **unbehinderte Wahl sichern** (§ 20) sollen. Hierzu gehören auch die Bestimmungen über das vereinfachte Wahlverf. in Klein- und Mittelbetrieben (§ 14a), die Möglichkeiten der Gewerkschaften (§§ 14, 14a, 16 u. 17), der Kündigungsschutz von Mitgl. des Wahlvorst., der Wahlbewerber und der ArbN, die die Initiative zur Wahl eines BR ergreifen (§ 103, § 15 Abs. 2–3a KSchG). Diese Bestimmungen sind so auszulegen, dass die Bildung des BR erleichtert wird (BAG 14.12.1965 – 1 ABR 6/65, AP BetrVG § 16 Nr. 5). Eine Behinderung der Wahl wird nach § 119 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 auf Antrag ua des Wahlvorstandes, des Unternehmers oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft strafrechtlich verfolgt.

Eine ordnungsgemäße Wahl setzt bei der Wahlbeteiligung **kein bestimmtes Mindestquorum** voraus. Eine geringe Wahlbeteiligung schwächt allerdings – wie bei jeder Wahl – die demokratische Legitimation des gewählten Organs. Die Rechte des BR werden dadurch aber nicht gemindert.

§ 2

1. Teil. Allgemeine Vorschriften

- 284 Ein **Sprecherausschuss** wird dagegen nach (§ 7 Abs. 2 S. 4 SprAuG nur gewählt, wenn dies die Mehrheit der leitenden Ang. des Betriebs in einer Verslg. oder durch schriftliche Stimmabgabe verlangt.
- 285 Ein BR ist **auch** dann zu errichten, **wenn** sich eine **Mehrheit** der ArbN **dagegen** ausgesprochen hat. Allerdings müssen ein etwa vorhandener GesBR oder KBR oder mindestens drei wahlberechtigte ArbN oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft die Wahl gem. § 17 Abs. 1 oder Abs. 3 initiieren. Eine **gerichtliche Notbestellung** wie beim AR ist **nicht vorgesehen**.
- 286 Wird kein BR errichtet, bleibt der Betrieb grds. vertretungslos. Im Rahmen seiner originären Zuständigkeit ist aber nach § 50 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 ein etwa errichteter **GesBR** auch **für** den **BRlosen Betrieb zuständig** (→ § 50 Rn. 29 ff.).

XI. Streitigkeiten

- 287 Die Abgrenzung des Betriebs ist für die Errichtung eines BR von entscheidender Bedeutung. Bei Zweifeln über das Vorliegen einer betriebsratsfähigen Organisationseinheit können daher gem. § 18 Abs. 2 der ArbGeb., jeder beteiligte BR, jeder beteiligte Wahlvorstand oder eine im Betrieb vertr. Gewerkschaft unabhängig von einer konkret anstehenden Wahl im BeschlVerf. eine gerichtliche Klärung herbeiführen (vgl. iE → § 18 Rn. 53 ff.). **Zu Einzelheiten des BeschlVerf.** vgl. insbes. **Anh. 3.**
- 288 Wird bei einer BRWahl der **Betriebsbegriff verkannt**, ist die Wahl nach § 19 anfechtbar. Die Verknennung des Betriebsbegriffs führt dagegen nicht ohne weiteres zur Nichtigkeit der Wahl. Nur wenn der Betriebsbegriff offensichtlich verkannt wurde, kommt eine Nichtigkeit der Wahl in Betracht (BAG 13.3.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738). Ansonsten bleibt der unter Verknennung des Betriebsbegriffs gewählte BR bis zur rechtskräftigen Feststellung der Anfechtbarkeit der Wahl im Amt.
- 289 **Entscheidungen nach § 18 Abs. 2** über das Vorliegen einer betriebsratsfähigen Einheit entfalten für spätere Verfahren **Bindungswirkung** (BAG 19.11.2003 – 7 ABR 25/03, AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 55). Solange eine rechtskräftige Entscheidung nach § 18 Abs. 2 nicht ergangen ist, kann das Bestehen eines Betriebs und die Zuordnung von Betriebsteilen als **Vorfrage in anderen Rechtsstreitigkeiten** mit Wirkung für den jeweils konkreten Streitfall geprüft und entschieden werden (BAG 3.12.1985 – 1 ABR 29/84, NZA 1986, 334).
- 290 An einem **BeschlussVerf. über** die **MBR** des BR bei der Ausübung der betrieblichen Leitungsmacht sind **in** einem **Gemeinschaftsbetrieb** alle zur gemeinsamen Betriebsführung verbundenen Unternehmen beteiligt (BAG 15.5.2007 – 1 ABR 32/06, NZA 2007, 1240).

§ 2 Stellung der Gewerkschaften und Vereinigungen der Arbeitgeber

(1) Arbeitgeber und Betriebsrat arbeiten unter Beachtung der geltenden Tarifverträge vertrauensvoll und im Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs zusammen.

(2) Zur Wahrnehmung der in diesem Gesetz genannten Aufgaben und Befugnisse der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften ist deren Beauftragten nach Unterrichtung des Arbeitgebers oder seines Vertreters Zugang zum Betrieb zu gewähren, soweit dem nicht unumgängliche Notwendigkeiten des Betriebsablaufs, zwingende Sicherheitsvorschriften oder der Schutz von Betriebsgeheimnissen entgegenstehen.

(3) **Die Aufgaben der Gewerkschaften und der Vereinigungen der Arbeitgeber, insbesondere die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder, werden durch dieses Gesetz nicht berührt.**

Inhaltsübersicht

	Rn.
I. Vorbemerkung	1–14
II. Grundsätze der Zusammenarbeit	15–59
1. Vertrauensvolle Zusammenarbeit	16–28
2. Beachtung der geltenden Tarifverträge	29–31
3. Zusammenwirken mit Verbänden	32–55
a) Gewerkschaftsbegriff	32–40
b) Arbeitgebervereinigungen	41
c) Vertretensein im Betrieb	42–44
d) Zusammenarbeit von Betriebsrat und Gewerkschaft	45–52
e) Pflicht zur Zusammenarbeit	53–55
4. Ziel der Zusammenarbeit	56–59
III. Zugang von Gewerkschaftsbeauftragten zum Betrieb zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben	60–79
1. Rechtsnatur des Zugangsrechts	61–63
2. Voraussetzungen des Zugangsrechts	64–68
3. Inhalt des Zugangsrechts	69–72
4. Wahrnehmung des Zugangsrechts	73–75
5. Beschränkungen des Zugangsrechts	76–79
IV. Koalitionsaufgaben der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände	80–92
V. Streitigkeiten	93–96

I. Vorbemerkung

Die Vorschrift regelt in Abs. 1 iVm der Sonderbestimmung des § 74 die **Zusammenarbeit** zwischen **ArbGeb., BR, Gewerkschaften** und **ArbGebVerbänden im Betrieb** (→ Rn. 15 ff.). Abs. 2 regelt die **Zugangsrechte der Gewerkschaften** (→ Rn. 60 ff.). Nach Abs. 3 bleiben die **Aufgaben der Koalitionen** unberührt (→ Rn. 80 ff.).

Abs. 1 enthält die **allgemeinen, tragenden Grundsätze der Zusammenarbeit** zwischen ArbGeb. und BR. Er verdeutlicht, dass das BetrVG nicht von einem Konfrontations- sondern von einem Kooperationsmodell ausgeht (VerfG 1.3.1979 – 1 BvR 522/77 ua, NJW 1979, 593; Freckmann/Koller-van Delden BB 2006, 490 [491]). Seine Grundsätze sind **Generalklauseln** mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung (vgl. GK-BetrVG/Franzen Rn. 5). Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte, die das G nicht vorsieht, werden dadurch aber nicht begründet (GK-BetrVG/Franzen Rn. 5). Die Grundsätze werden für die Entscheidungen der E-Stelle in § 76 Abs. 5 S. 3 und § 112 Abs. 5 konkretisiert. Auch weitere Vorschriften wie §§ 75, 80 Abs. 1 Nr. 1, 90 S. 2, 96 verdeutlichen die Zielrichtung der Zusammenarbeit.

Eine **Zusammenarbeit zwischen BR und Sprecherausschuss** (vgl. zu dessen Rechtsstellung → § 1 Rn. 9, zu seinen Aufgaben → § 5 Rn. 448 ff. sowie insges. Hromádka/Sieg SprAuG 3. Aufl. 2014; ErfK/Oetker SprAuG) ist weder im BetrVG noch im SprAuG vorgeschrieben. Nach § 2 Abs. 2 S. 3 SprAuG soll aber einmal im Kalenderjahr eine gemeinsame Sitzung des Sprecherausschusses und des BR stattfinden. Außerdem kann der Sprecherausschuss gem. § 2 Abs. 2 S. 1 SprAuG dem BR oder Mitgl. des BR das Recht einräumen, an seinen **Sitzungen** teilzunehmen. Dies gilt nach § 2 Abs. 2 S. 2 SprAuG auch umgekehrt. Die gemeinsamen Sitzungen und die Teilnahme an Sitzungen des jeweils anderen Organs sollen die Zusammenarbeit erleichtern und Konfrontationen verhindern.

Eine Zusammenarbeit kommt in Betracht bei **übereinstimmenden**, aber auch bei **widerstrebenden Interessen**. Gemeinsame Interessen können zB in Fragen der Arbeitszeit, des Urlaubs, der Nutzung von Sozialeinrichtungen und der Lohngestaltung bestehen.

- 5 Nach § 2 Abs. 1 S. 2 SprAuG ist der ArbGeb. verpflichtet, vor Abschluss einer BV oder sonstigen Vereinbarung mit dem BR, die rechtliche Interessen der leitenden Ang. berührt, den **Sprecherausschuss** rechtzeitig **anzuhören**. Das SprAuG räumt dem Sprecherausschuss aber nicht das Recht ein, Einfluss auf den Inhalt der Vereinbarungen zwischen ArbGeb. und BR zu nehmen.
- 6 Eine entspr. **Anhörungspflicht** des ArbGeb. gegenüber dem BR ist im BetrVG nicht ausdrücklich vorgesehen. Sie ergibt sich jedoch aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit. Der ArbGeb. hat den BR anzuhören, bevor er gem. § 28 Abs. 1 SprAuG mit dem Sprecherausschuss Richtlinien über den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von ArbVerh. der leitenden Ang. vereinbart (Däubler Gewerkschaftsrechte Rn. 255 f.; **aA** GK-BetrVG/*Franzen* Rn. 9). Daher liegen auch vorhergehende gemeinsame Beratungen zwischen BR und Sprecherausschuss nahe. Zum Zustandekommen, der Wirkung und der Auslegung einer zwischen ArbGeb. und Sprecherausschuss gem. § 28 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 SprAuG geschlossenen Vereinbarung BAG 10.2.2009 – 1 AZR 767/07, NZA 2009, 970.
- 7 § 2 Abs. 1 S. 1 SprAuG schreibt – ähnlich wie § 2 Abs. 1 BetrVG – eine vertrauensvolle **Zusammenarbeit zwischen ArbGeb. und Sprecherausschuss** vor. Diese soll dem Wohl der leitenden Ang. und des Betriebes dienen (zu diesem Ziel → Rn. 56). Ebenso vorgeschrieben ist die Beachtung der geltenden TV. TV können nach ihrem persönlichen Geltungsbereich auch leitende Ang. erfassen. Leitende Ang. sind ArbN (→ § 5 Rn. 340).
- 8 Eine **Zusammenarbeit** des Sprecherausschusses mit den im Betrieb vertretenen **Gewerkschaften und mit ArbGebVereinigungen** ist nicht vorgeschrieben, obwohl die Gewerkschaften auch Interessen der leitenden Ang. vertreten können. Den Gewerkschaften werden keinerlei Rechte in Bezug auf die Errichtung und die Tätigkeit des Sprecherausschusses eingeräumt (dies hält Däubler ArbR I Abschn. 6.18.1 für einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG; Däubler Gewerkschaftsrechte Rn. 255h).
- 9 Abs. 2 regelt das **Zugangsrecht der Gewerkschaften** zur Erfüllung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben und Befugnisse (→ Rn. 60 ff.).
- 10 Abs. 3 befasst sich mit den **koalitionspolitischen Aufgaben der Gewerkschaften und ArbGebVerbände** (→ Rn. 80 ff.). Er macht insbes. auch deutlich, dass **BR und Gewerkschaft unterschiedliche Aufgaben** und Funktionen im Betrieb und im Rahmen der BetrVerf. haben. Der **BR** ist **Repräsentant aller ArbN** des Betriebs, auch soweit diese nicht oder in einer anderen Gewerkschaft organisiert sind (BVerfG 27.3.1979 – 2 BvR 1011/78, NJW 1979, 1875; → § 1 Rn. 193).
- 11 Der **BR** ist **keine „Ersatzgewerkschaft“** (DKKW/*Berg* Rn. 3). **Gewerkschaften** werden durch den **BR nicht überflüssig**. Einfluss auf den Inhalt der ArbVerh. können die ArbN nur über ihre Gewerkschaft und den Abschluss von TV gewinnen (→ Rn. 45 ff.). Daher wird durch Abs. 3 ebenso wie durch § 74 Abs. 3 (→ § 74 Rn. 64 ff.) klargestellt, dass die Rechte der Gewerkschaften und ihrer Mitgl. durch das BetrVG nicht eingeschränkt werden (DKKW/*Berg* Rn. 3; zur Rechtsstellung der Gewerkschaften in der BetrVerf. *Brock*, Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb nach Aufgabe der Kernbereichslehre durch das BVerfG, 2002; Däubler Gewerkschaftsrechte; *Hanau* JbArbR, Bd. 17, S. 37; *Krause* RdA 2009, 129; zum Zugangsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb → Rn. 60 ff., 86; Zum Verhältnis Gewerkschaft – BR vgl. *Düttmann* JbArbRb Bd. 17, S. 71).
- 12 Trotz ihrer Unabhängigkeit sollen BR und Gewerkschaft im Interesse der ArbN des Betriebs zusammenarbeiten, soweit den Gewerkschaften betriebsverfassungsrechtliche Aufgaben und Befugnisse zukommen.
- 13 Die Vorschrift gilt gem. § 51 Abs. 5 auch für den **GesBR**, nach § 59 Abs. 1 iVm § 51 Abs. 5 für den **KBR** sowie gem. § 115 Abs. 1 S. 2 und § 116 Abs. 1 S. 2 für die **BordVertr.** und **SeeBR**.
- 14 Entspr. Vorschrift im **BPersVG**: § 2. Nach dem **SprAuG** ist zwar die vertrauensvolle Zusammenarbeit von ArbGeb. und Sprecherausschuss vorgesehen (§ 2 Abs. 1